

OS DELITOS DE OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO DELITOS ESPECIAIS E DE DOMÍNIO POSITIVO DO FATO. REPERCUSSÕES EM MATÉRIA DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO*

Crimes of improper omission as special crimes and of positive domain of fact. Repercussions on authorship and participation

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA
Professora Titular de Direito Penal da
Universidade de Cádiz, Espanha.

Resumo: Uma das mais árduas questões dos delitos de omissão imprópria é a delimitação da autoria e da participação; discute-se, inclusive, a possibilidade de se distinguir entre ambas. A diversidade de soluções propostas nesta matéria é o reflexo das diferentes bases metodológicas adotadas na construção dogmática dos delitos de omissão imprópria. Neste trabalho parte-se da configuração dos delitos de omissão imprópria como delitos especiais e de domínio positivo do fato, o que implica, por um lado, a delimitação do círculo de possíveis autores; e, por outro lado, a necessidade de que o autor em comissão por omissão ostente um domínio ou controle do fato idêntico ao autor comissivo. Isso tem importantes repercussões em matéria de autoria e de participação.

Palavras-chave: omissão imprópria; delitos especiais; domínio do fato; autoria; participação.

Abstract: One of the most difficult questions of commission by omission crimes is the definition of author and participant, discussing even the possibility that it can distinguish between the two. The diversity of the solutions proposed in this area is a reflection of the different methodological basis adopted in the construction dogmatic commission by omission crimes. In this paper commission by omission crimes are considerate as special crimes and positive control. This means, on the one hand, the delimitation of the circle of potential authors, and the other, the need for the omissive

* Tradução do artigo publicado sob o título “*Los delitos de omisión impropria como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoria y participación*”, realizado pelo Prof. Dr. PABLO RODRIGO ALFLEN (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS). Agradeço encarecidamente à Profa. Dra. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA pela autorização para publicação desta tradução portuguesa do trabalho de sua autoria.

author to have an identical control fact that commissive author. This has major implications in terms of authorship and participation.

Keywords: commission by omission; special crimes; positive control; authorship; participation.

1. Delimitação e determinação da autoria em comissão por omissão

1.1. A ostentação de um dever especial de agir como requisito da autoria. Os delitos de omissão imprópria como delitos especiais

Comparado com os delitos comuns, nos quais qualquer um pode ser autor, nos delitos especiais o círculo de possíveis autores está limitado aos sujeitos que reúnem a qualidade exigida pelo tipo penal (*intranei*). Aos demais sujeitos que, sem ostentar tal qualidade, intervierem no delito (*extranei*), este não lhes poderá ser imputado a título de autoria, nem mesmo quando ostentarem um domínio essencial e positivo do fato, como, por exemplo, com a efetiva realização material da ação típica.

Para que o omitente possa responder como autor, tanto a jurisprudência como a doutrina exige, pacificamente, que o sujeito tenha o dever de evitar o resultado; isto é, que ostente um dever de garante baseado em lei, em um contrato ou em uma conduta precedente. Ainda que eu entenda que a infração do dever especial de garante não seja suficiente para que o resultado seja imputável ao omitente em comissão por omissão, parece que, a partir de tal exigência, os delitos de comissão por omissão aparecem configurados, tanto em nosso ordenamento jurídico como em todos aqueles nos quais se exige, por via legal ou doutrinária, a titularidade deste dever por parte do autor, como delitos especiais.

Esta afirmação depende, em todo caso, do que se entende por delito especial ou *delicta propria*. Se por tal se admite, conforme a doutrina majoritária, aquele em que o âmbito pessoal da autoria se encontra restrito a um determinado círculo de pessoas, não existe inconveniente algum em afirmar que os delitos comissivos por omissão são delitos especiais: o autor, além de dominar positivamente e realizar a ação típica, deve ter um especial dever jurídico de agir (em virtude de lei, contrato ou ingerência).

Contra sua caracterização como delitos especiais se tem objetado que, na medida em que tanto na realização ativa de um delito quanto na comissão por omissão o sujeito ativo tem que ter criado um risco típico, resulta lógico pensar que se para a realização de um delito de resultado mediante um fazer não se requer posição de garante alguma, esta tampouco deve ser exigida para sua comissão por omissão. Com efeito, o fato de que para a omissão ser equivalente à comissão seja preciso que o sujeito assuma o compromisso de neutralizar um risco, não é suficiente para converter os delitos de comissão por omissão em delitos especiais¹. Na medida em que qualquer um pode estar, em princípio, em condições de assumir o compromisso concreto, qualquer um pode ser sujeito ativo. Desde esta perspectiva, e de

¹ Veja com mais detalhes RODRÍGUEZ MESA, M.J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 121 e ss.

acordo com a definição de delitos especiais – aqui assumida –, a consequência seria afirmar que os delitos de comissão por omissão serão delitos especiais ou comuns conforme os tipos especiais de referência sejam ou não, por sua vez, de autoria restrita.

Esta solução, no entanto, tropeça frontalmente com a necessidade de recorrer à especial relação do autor com o bem jurídico como forma de restringir o âmbito da autoria², e que se traduz na exigência de que o autor ostente alguns dos deveres de garante a que se referem a doutrina e a jurisprudência. Daí que se tenha que descartar a autoria em comissão por omissão, quando existirem dúvidas acerca de que se o sujeito ostenta ou não tal dever. Agora, o fato de os delitos comissivos por omissão – como ocorre com muitos outros delitos especiais – se relacionarem exclusivamente com um dever especial que pesa sobre o autor não significa, como pretendem os defensores da categoria dos *Pflichtdelikte*, que o dever especial absorva todo o injusto, sem necessidade de constatar a lesão ou o perigo para o bem jurídico. Nestes delitos há que comprovar tanto a lesão ao bem jurídico, que o legislador quer evitar ao tipificar o comportamento como delito, quanto o fato desvalorado previamente pelo legislador, o qual indica que o único que, por omissão, pode converter essa lesão em delito é o sujeito que possui um determinado dever³.

Desde esta perspectiva, não são transferidas a nosso ordenamento jurídico construções monistas como as desenvolvidas, na Alemanha, por Schünemann ou Freund, nas quais se pretende oferecer uma explicação da autoria em comissão por omissão baseada exclusivamente no domínio do fato por parte do omitente⁴. Frente a modelos monistas (baseados exclusivamente na infração do dever ou no domínio do fato), a concreta elaboração doutrinária e aplicação jurisprudencial da comissão por omissão no ordenamento jurídico espanhol – a equiparação do marco penal só pode vir justificada desde a identidade normativo-estrutural do delito comissivo por omissão com o respectivo delito comissivo – requer um modelo aditivo, no qual além dos elementos objetivos da autoria – neste caso, a ostentação de um dever especial de agir –, deve-se verificar o domínio positivo do fato ou controle do acontecimento típico, para afirmar a autoria: nem um especial dever do autor sem domínio objetivo e positivo do fato, nem um domínio do fato sem titularidade do dever permitem afirmar a autoria em comissão por omissão⁵. Nesse sentido, pode-se afirmar que a lesão do dever especial será um pressuposto necessário, mas não suficiente para afirmar a autoria⁶; assim, o princípio segundo o qual nos delitos especiais somente podem ser autores os

² Veja ZAFFARONI, E.R., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 375.

³ Veja a respeito QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, Barcelona, Cymys, 1974, p. 40-41; e FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Autoría y delitos especiales», AAVV (Coord. Nieto Martín), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. II, Cuenca, coeditado pelas Universidades de Castilla-La Mancha e Salamanca, 2001, p. 1017.

⁴ Ainda que desde perspectivas muito diferentes, veja SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen*, cit., *passim*; e FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, Colonia, Carl Heymanns, 1992, *passim*.

⁵ Como ressalta OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (*La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1980, p. 229), o pensamento do bem jurídico, entendido no sentido dos delitos de domínio do fato, resulta sempre necessário.

⁶ Veja expressamente nesse sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 616; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996, p. 316; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 438-439. GÓMEZ BENITEZ, («El dominio del hecho en la autoría. Validez y límites», *ADPCP*, 1984, p. 155) também requer para os delitos especiais impróprios, além da infração do dever, o domínio do fato.

titulares de deveres especiais, não significa que tais titulares de deveres sejam sempre autores⁷, ou, ao menos, autores de um delito comissivo por omissão⁸.

1.2. A determinação positiva do fato como critério determinante da autoria. Os delitos de omissão imprópria como delitos de domínio

A partir do modelo aditivo da autoria em comissão por omissão que aqui se vem defendendo, a titularidade do dever infringido é, por si mesma, insuficiente para certificar a autoria⁹. É necessário, ademais, que o autor, tal e como se depreende do artigo 28 do CP, «execute a ação típica», por exemplo, mate, lesione, detenha, etc., através de sua omissão. Rechaçada a possibilidade de que a infração de um dever possa ser erigida a critério autônomo de autoria, centra-se agora a questão em estabelecer os critérios em virtude dos quais se pode afirmar que, à luz do artigo 28 do CP, um sujeito «realiza o fato»; posteriormente, se terá que decidir quando se pode dizer que, com a aplicação de tais critérios, o omitente «executa a ação típica»¹⁰.

Para aqueles que – como aqui se faz – partem da necessária equivalência estrutural e material entre os delitos comissivos por omissão e os delitos comissivos, não há nenhum inconveniente em requerer para a autoria que o omitente exerça o controle ou domínio do fato típico. Agora, isso não significa que seja suficiente um domínio negativo do fato, entendido como mera inevitabilidade, para que o omitente seja responsabilizado a título de autor¹¹. A determinação positiva do fato que a autoria requer é distinta e mais do que o mero poder ou capacidade de impedir ou conter o curso do fato, isto é, não uma ação positiva, mas a simples passividade. Tal domínio negativo, como ressalta Luzón Peña, pode ser característico de uma forma mais simples de participação como a cooperação necessária, porém, de modo algum pode ser suficiente para afirmar a autoria¹².

⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, cit., p. 102-103.

⁸ Precisamente esta ideia é a que faz com que um setor cada vez mais significativo de nossa doutrina venha distinguindo entre as verdadeiras hipóteses de comissão por omissão – para a qual além da titularidade do dever o omitente possua o domínio ou controle do fato –, e aquelas outras hipóteses nas quais titular do dever não possua um domínio atual do fato – relegados à consideração de omissões do garantidor não equiparáveis à comissão. Veja por todos SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Editorial B De F/Julio César Faura Editor, 2003, p. 339 e ss.

⁹ Como ressaltam MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (*Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 449), «en algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene que ser completado por otros criterios específicos, como infracción del deber extrapenal, posición de garante, etc. En estos supuestos autor en sentido estricto es quien, además de dominar el hecho materialmente, tiene un deber específico de impedir el resultado típico. Por tanto, la infracción del deber (de diligencia, de la posición de garante) no es por sí suficiente para fundamentar la autoría».

¹⁰ Não se trata aqui de analisar – nem sequer de expor – as posições da ciência penal e da jurisprudência sobre os critérios decisivos da autoria. Para mais informações a respeito, veja a obra monográfica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, cit.

¹¹ «La suposición de un dominio del hecho ‘negativo’ es solo una ilusión, pues el dominio del hecho no surge de la posibilidad de retirar el aporte, sino de participar contribuyendo con un aporte», BACIGALUPO ZAPATER, E., «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal», in *Poder Judicial*, N° 31, 1993, p. 37 e ss.

¹² LUZÓN PEÑA, D., «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, p. 205-206. Seguindo seu critério DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 669-670, e PAREDES CASTAÑÓN, J.M., in

A autoria precisa, pois, também na comissão por omissão, que o omitente exerça um domínio sobre o fato – determinação positiva e atual do fato típico – comparável ao que deve possuir o autor por comissão. Dado que o autor por comissão domina o acontecimento lesivo por meio de suas atividades corporais e, portanto, através do domínio sobre seu corpo, uma omissão equivalente à comissão pressupõe um controle atual sobre o acontecimento em intensidade equiparável a esse controle.¹³

Entre os autores espanhóis, Gracia Martín propõe a determinação do domínio positivo do fato na omissão a partir da ideia de domínio social, como exigência prévia de determinados tipos, que delimita as possibilidades concretas de ação com domínio finalista do fato do sujeito, que estende seu poder ao âmbito concreto¹⁴. Segundo esta tese, frente aos delitos comuns, nos quais, em regra, é o próprio autor que organiza a situação pessoalmente, nos delitos de domínio social a situação típica já está previamente organizada – e, por isso, descrita e esgotada pelo tipo –, e o autor tem que realizar um ato pessoal de incorporação dessa situação organizada – situação de domínio social – à sua esfera de domínio pessoal. Somente nessas condições lhe será possível tomar a decisão de lesionar o bem jurídico e de executá-la em seguida, mediante a atualização do domínio do fato. O domínio social opera, pois, como pressuposto do domínio final do fato. Assim, para que aquele que ostenta uma posição de garante, em virtude do domínio social, possa chegar a ser considerado autor em comissão por omissão será preciso, ademais, que tenha assumido o domínio efetivo da causa fundamental do resultado. Daí que a ostentação do domínio social somente nos indique o autor idôneo, mas não o autor.

Na construção que propõe Gracia Martín, a afirmação da autoria em comissão por omissão requererá, além do domínio social do fato – entendido como o conjunto de condições que fundamenta a relação específica de dependência –, o domínio efetivo sobre a causa fundamental do resultado. Tal domínio efetivo sobre a causa do resultado existirá, segundo este autor, quando se puder afirmar que a realização da ação omitida produzirá, de modo geral, definitivamente e com certeza e sem que sejam necessárias ações intermediárias posteriores, o resultado salvador. Desde esta perspectiva, a participação por omissão somente será possível naquelas hipóteses em que a ação omitida simplesmente tiver dificultado o resultado salvador¹⁵.

Apesar de atrativa a ideia de ampliar o critério do domínio social aos delitos de comissão por omissão, a proposta de Gracia Martín, ao recorrer, em última instância para

PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 154. Neste mesmo sentido, ressalta Díez RIPOLLÉS («Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *RDPC*, 1/1998, p. 43, nota 53) como a distinção entre um domínio positivo e um domínio negativo do fato poderia explicar adequadamente qual é a diferença entre o controle próprio da autoria, o domínio positivo, e o das mais graves modalidades de participação, o domínio negativo.

¹³ SCHÜNEMANN, B., «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», in Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.): *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas en Homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 22.

¹⁴ Veja amplamente, GRACIA MARTÍN, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *Actualidad Penal*, 1995, p. 702 e ss.

¹⁵ GRACIA MARTÍN, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», cit., p. 712.

afirmar o domínio, ao critério da maior ou menor capacidade para evitar o resultado, sofre as mesmas críticas que qualquer uma das teses que tomam como ponto de partida a causalidade hipotética.

Não obstante, a partir da ideia de assunção a um compromisso de atuar como barreira de contenção frente aos riscos concretos, pode-se dizer que o omitente exerce um domínio do fato idêntico ao que exerce o autor direto nos delitos comissivos. O omitente, uma vez assumido o risco, possui – em relação a esse risco – algo mais que um mero domínio potencial negativo: está objetivamente em condições de dominar, controlar ou decidir positivamente o curso dos acontecimentos para o resultado, do mesmo modo que nos delitos comissivos se pode afirmar que a realização do fato estava em suas mãos: que é ele que, com sua omissão, determina objetiva e positivamente o resultado típico.

Nos casos em que o processo de risco que posteriormente se realiza no resultado – e que o omitente se comprometeu a controlar – responde a uma situação de caso fortuito ou à natureza mesma das coisas, a doutrina não deve ter problemas em afirmar a autoria do omitente. Nestes casos, nos quais o compromisso do sujeito determina que não há perigo – ou, se o há, não supera determinados níveis – se o sujeito omite cumprir com o compromisso assumido, então, e por isso – isto é, não por algo diverso cronologicamente e na origem –, foi a própria omissão que criou (normativamente) o perigo, até esse momento inexistente ou controlado, pois, permitindo que surja, o desencadeia e descontrola, o que quer dizer que, para voltar a controlá-lo, haveria que fazer algo, se, porém, fosse possível.¹⁶

Menos unânime é a resposta no caso em que se pretende determinar a responsabilidade do omitente quando o fato principal é em si delitivo. Assim, para um setor da doutrina, a pessoa que comete ativamente o fato é quem tem o domínio do fato, carecendo dele o garante que não impede, com sua omissão, a comissão do delito. Consequentemente, e em virtude de uma rigorosa aplicação do critério do domínio do fato¹⁷, o omitente garantidor responde, em regra, como partícipe¹⁸, admitindo-se sua autoria somente naqueles casos, nos quais não se possa imputar a ninguém a criação ativa do risco. É óbvio que com este modo de determinar a autoria em comissão por omissão se produz um paradoxo difícil de resolver. Assim, não se entende por que deve responder como autor o pai que não impede que o cão raivoso do vizinho morda o seu filho, e como partícipe se for o vizinho, e não o seu cão, que golpear a criança. Independentemente de qual seja a solução adequada, o que parece claro é que em ambos os casos o domínio que o pai detém sobre o fato é idêntico, pelo que idêntico tem de ser também o título em virtude do qual responda penalmente.

Pois se o que determina o domínio do fato do omitente, e, portanto, sua responsabilidade a título de autor, é a posição que ele, em consequência do compromisso assumido, ostenta em relação ao bem jurídico ou à fonte do risco em questão, dificilmente pode ser relevante para tais efeitos a procedência do risco. A partir do momento em que o determinante para afirmar a autoria é o controle ou o domínio atual e positivo do processo

¹⁶ LUZÓN PEÑA, D., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Estudios penales*, Barcelona, 1991, p. 240.

¹⁷ Desde esta perspectiva se considera que a partir do momento em que há um terceiro que comete ativamente o fato, este possui – frente ao domínio potencial e negativo do omitente – um domínio atual e positivo, pelo que é suposição, e não a do omitente que pode fundamentar a autoria.

¹⁸ Assim, Jescheck, Maurach, e, ainda que desde uma perspectiva diferente, Gimbernat Ordeig.

lesivo – e não o mero domínio potencial negativo –, sempre que se possa afirmar que o omitente ostenta tal domínio terá de responder como autor, e isso independentemente de que o fato principal também seja atribuível a título de autoria comissiva a um terceiro. Imagine-se o caso do escolta que, podendo impedir, permite que um terceiro mate o sujeito, cuja vida e integridade ele havia se comprometido a salvaguardar. Não se trata aqui de um domínio negativo do fato, de um mero poder de evitar. O escolta, ao assumir o risco que podia advir da atuação de um terceiro para a vida de seu cliente, está em condições de decidir o processo lesivo. Assim, em face de uma situação efetiva de risco, quando omite a contenção ou neutralização do risco que previamente havia se comprometido a neutralizar, pode-se afirmar que realiza o fato, pois nesse momento detém o controle ou domínio positivo do curso causal.

A esta solução se poderia opor que, frente às demais formas de intervenção de um sujeito no fato, a conduta de autoria se caracteriza por ser a única conduta, cuja contribuição causal ao curso fático possui um significado jurídico-penal autônomo em comparação com as contribuições dos outros sujeitos¹⁹. A partir daí se poderia dizer que a omissão do escolta, no exemplo proposto, na medida em que depende da ação de um terceiro que provoque ou configure o curso de causação do resultado, somente é qualificável como participação. E tal argumento seria correto se o escolta participasse efetivamente, com sua omissão, em um fato alheio. Porém, na medida em que seu compromisso de controle vai referido ao risco que se produz no resultado – ao processo lesivo principal –, o escolta não intervém no fato delitivo comissivo, senão que realiza o seu próprio, domina o seu próprio fato²⁰.

Desde esta perspectiva, e dado que a equivalência da comissão por omissão com as hipóteses comissivas se constrói em relação às hipóteses de autoria²¹, sempre que aquilo que for assumido pelo omitente for o controle do risco que se realiza no resultado, poder-se-á afirmar que detém o domínio, tal como tem sido delimitado, do fato típico. Assim, o omitente em comissão por omissão responderá, regra geral, como autor, mas não pelo fato de ter infringido um dever, senão, porque domina ou controla o acontecimento do mesmo modo que o autor por comissão.

2. As formas de autoria em comissão por omissão

Nos casos em que o processo causal lesivo não é por si mesmo delitivo – caso se deem os requisitos anteriormente examinados – o omitente responde como único autor. Em tais hipóteses, que são as mais comuns na prática, pode ocorrer que o domínio positivo do fato esteja tanto com o omitente como com um terceiro que, por sua vez, intervenha ativa ou

¹⁹ Sobre este critério da autoria veja LUZÓN PEÑA; D., «*La determinación objetiva del hecho...*», cit., p. 217-218; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 692; e PAREDES CASTAÑÓN, J.M., in PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, cit., p. 150-151.

²⁰ Veja a respeito SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p. 388-389.

²¹ Como indica SILVA SÁNCHEZ («*Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*», cit., p. 388), o juízo de identidade estrutural, ao projetar-se sobre a realização dos tipos penais da Parte Especial, incorpora necessariamente o elemento da autoria. Os tipos da Parte Especial somente os autores realizam; daí que uma omissão idêntica à realização comissiva do tipo da Parte Especial é uma omissão no conceito de autor.

omissivamente na realização do fato. As combinações, como se pode imaginar, são variadas: desde uma hipótese de autoria acessória até outra de autoria mediata, passando por hipóteses de coautoria.

2.1. Coautoria

Frente à autoria imediata ou primária – derivada dos respectivos tipos penais – o legislador contempla no art. 28 do CP outra forma de estruturação do comportamento humano consistente na execução ou coexecução do fato típico. Aqueles que seguem, neste ponto, a versão mais estrita da tese do «domínio funcional do fato» consideram coautor todo aquele que, em virtude de uma divisão de papéis entre os diversos intervenientes, tem em suas mãos, durante a execução, a possibilidade de codecidir sobre o curso do fato em direção à consumação²². Consequentemente, afirma-se a coautoria tanto em relação àquele que realiza um apoio decisivo durante a execução para a consumação do fato, quanto em relação àquele que, tendo o domínio funcional do fato, não o evita ou procura diminuí-lo.

Não obstante, caso se negue a possibilidade de que a autoria possa ser determinada por um domínio negativo do acontecimento típico, sendo necessário o controle objetivo e positivo do fato, então também nos casos de coautoria se terá que exigir tal determinação positiva, não sendo suficiente para ser imputado como coautor simplesmente ter o poder sobre o «não», sobre a não produção do fato típico²³. Na execução conjunta do fato, como forma de autoria, é preciso que o domínio alcance o controle que caracteriza o domínio na autoria: ter o pleno poder de decisão e configuração sobre o se e o como da execução do fato típico²⁴. E tal poder de domínio e configuração dos fatos o tem, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritária, todo aquele a quem na fase de execução incumbe levar a cabo, de acordo com o plano delitivo conjunto, uma contribuição independente e essencial para a realização do tipo penal, cuja não prestação conduz ao desmantelamento do planejamento final²⁵.

De tal configuração da coautoria deriva a necessidade de que só possam ser considerados coautores aqueles que intervenham durante a fase de execução. Como adverte Pérez Alonso, somente a partir deste momento adquirem relevância jurídico-penal os acontecimentos de atuação, isto é, somente a partir daqui se realiza conjuntamente o fato punível²⁶. Agora, a exigência de uma intervenção na fase executória não significa necessariamente que todos os coautores tenham que realizar atos que, desde o ponto de vista formal, sejam executórios²⁷. A coautoria, como seu próprio nome indica, é algo mais que a

²² Veja a respeito MUÑOZ CONDE, F., /GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 451-453.

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, No. 76, 2011, p. 39.

²⁴ Veja LUZÓN PEÑA, D., «La determinación objetiva del hecho...», cit., p. 205-206.

²⁵ Veja PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p. 241.

²⁶ PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., 1998, p. 236-240. Veja, assim mesmo, a bibliografia citada na p. 236, notas 95 e 96.

²⁷ Contra esta possibilidade, Díez Ripollés («Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, *RDPC*, 1/1998, p. 41) rechaça «las propuestas de incluir en la coautoría contribuciones esenciales al delito llevadas a cabo de modo simultáneo a la realización del hecho típico por otros sujetos, en virtud de que con

soma de autorias individuais: trata-se da realização conjunta dos atos executórios, do acesso parcial ao tipo.²⁸ Precisamente por isso, não é preciso que cada um dos coautores execute parcialmente o fato típico, sendo suficiente que a colaboração contribua de forma essencial com a execução ou a realização conjunta do fato típico²⁹. Desde este ponto vista, é coautor tanto aquele que detiver a vítima do homicídio para que B a apunhale, como aquele que despejar cinquenta gramas de veneno no jarro de leite que a vítima vai beber, sabendo que B despejou os outros cinquenta gramas necessários para que a dose seja letal. Tanto em um caso como no outro, e na medida em que não há forma de cometer esse homicídio concreto, se A não detiver a vítima ou não despejar sua dose de veneno, há um codomínio positivo e material do fato, condicionado pela atividade de todos os interventores na execução do mesmo. O fato está nas mãos de todos eles, porque cada um presta uma contribuição que decide o *se* e o *como* da correalização do fato.³⁰

Desde esta perspectiva, deve-se rechaçar a possibilidade de qualificar como coautor o escolta que permitiu que um terceiro disparasse contra seu cliente. Neste caso, e a diferença do que ocorre nas verdadeiras hipóteses de coautoria, não é apreciável um codomínio do fato. O escolta e o sujeito que dispara contra seu cliente não dominam o fato de forma conjunta, senão totalmente isolada. Enquanto que o domínio do escolta se refere ao processo lesivo cuja omissão permite que ele seja colocado em andamento, o domínio do terceiro refere-se ao processo causal que o mesmo coloca em marcha. Neste caso, e reproduzindo a expressão utilizada por Zaffaroni, falta “a distribuição funcional da empresa criminosa”; trata-se, pois, de um claro exemplo de autoria colateral ou simultânea, na qual várias pessoas, independentemente umas das outras produzem o resultado típico.³¹

Agora, o fato de que neste caso concreto se está diante de uma hipótese de autoria colateral, não significa negar a possibilidade de – como fazem os defensores da tese da

*ellas se posee el dominio funcional del hecho y sin que sea óbice para ello el con tales contribuciones no se acceda en ningún momento a los elementos típicos y/o ejecutivos». Em sentido semelhante, ainda que restringindo a possibilidade de admitir coautoria às hipóteses nas quais se executa ação típica nuclear, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *La Ley*, II-1996, p. 4; do mesmo, *La autoría en Derecho en Derecho penal*, cit., p. 677 e ss.*

²⁸ Terminologia utilizada por DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor...», cit., p. 35.

²⁹ Neste sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 452) os quais apreciam também a coautoria nos caso em que se produz uma divisão de papeis entre os diversos intervenientes na realização de um delito, de tal modo que algum ou alguns dos coautores nem sequer estão presentes no momento de sua execução. Ainda que, desde pontos de partida distintos, cheguem à mesma solução CERESO MIR, J., «Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal», in Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980, p. 238; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Bellaterra, 1999, p. 387; GÓMEZ RIVERO, M.C., «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, I-1996, p. 4; e PÉREZ ALONSO, J.E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., p. 265.

³⁰ PÉREZ ALONSO, J.E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., p. 265.

³¹ Ambos são, como assinala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 201), «*figuras centrales del suceso, independientes la una de la otra, o dicho de forma más exacta –desde un punto de vista estrictamente normativo–, figuras centrales de dos sucesos diferentes*».

infração de dever – admitir a coautoria em comissão por omissão³². Com efeito, para os partidários da opinião de que se deve determinar a autoria em comissão por omissão com base exclusivamente no critério da “infração do dever”, a hipótese de uma pretensa coautoria é simplesmente impensável. Isso porque, como ressalta Bacigalupo Zapater, a divisão da infração de dever «resulta, sob qualquer ponto de vista, incompatível com um fato que se caracteriza, precisamente, por toda infração de dever emergente de uma posição de garante que não admite subdivisão alguma»³³.

Se o decisivo para a autoria, pelo contrário, não é a infração do dever, mas sim o domínio do fato, para a afirmação de coautoria em comissão por omissão é irrelevante o fato de que a infração do dever seja indivisível – pois, igualmente ao que ocorre em alguns delitos especiais, cada um dos coautores tem de infringir o seu próprio dever. O que é realmente importante é que mediante sua contribuição ativa ou omissiva codominem positivamente a realização do fato típico. Para que seja apreciável a coautoria em comissão por omissão é preciso que a omissão se produza durante a fase de execução do fato, e que, mediante a não neutralização do risco que o omitente havia se comprometido a conter, seja prestada uma contribuição independente e essencial ao fato que suponha um codomínio positivo do fato típico, adotada por meio de um acordo ou decisão conjunta no marco do plano delitivo global, concorrendo também a posição de garante, assim como as especiais qualidades pessoais requeridas³⁴, em seu caso, pelo respectivo tipo penal³⁵.

Desde a exigência de um codomínio do fato na fase executória que responda a um planejamento comum, para a apreciação da coautoria em comissão por omissão é indiferente que se dê entre um «autor» comissivo e um «autor» omissivo, ou entre dois autores omissivos; e, neste último caso, que o dever seja pessoal ou permita sua infração conjunta³⁶. Em qualquer caso, e dada a excepcionalidade de um codomínio do fato na fase executória, na prática serão raras as hipóteses suscetíveis de serem qualificadas como de coautoria em comissão por omissão. Um caso de coautoria em comissão por omissão seria, por exemplo, o dos dois únicos cuidadores do enfermo que, mediante prévio acordo, não lhe dão de comer. Neste caso, o processo que causa a morte do enfermo foi dominado ou controlado conjuntamente – e não só acessoriamente – por ambos os omitentes.

³² Neste sentido adverte SILVA SÁNCHEZ («Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pág. 389, nota 102), como tanto na situação de concorrência entre fato principal comissivo e fato omissivo «idêntico», como a da concorrência de vários omitentes em condições de comissão por omissão, a qualificação de coautoria ou autoria acessória dependerá em última instância da existência ou não de acordo.

³³ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, Buenos Aires, Dykinson, 1970, p. 142. Em idêntico sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 202.

³⁴ Neste sentido adverte JESCHECK (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, Granada, Comares, 1993, p. 617) como ao constituir a coautoria uma forma de autoria, somente pode ser coautor quem também é autor idôneo com relação às demais contribuições ao fato.

³⁵ Para esta definição se tem tomado como referência a definição de coautoria apresentada por PÉREZ ALONSO, J.A., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., p. 393.

³⁶ Atendendo à natureza do dever infringido, ROXIN (*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 391) rechaça a coautoria quando o dever se refira tão só à pessoa individual –como, por exemplo, no pagamento de alimentos–, admitindo-se tão somente quando se dá a determinação do resultado por violação conjunta de um dever comum. Isto é, a coautoria em comissão por omissão fica limitada na construção de ROXIN às hipóteses, nas quais várias pessoas se encontram sujeitas a um mesmo e único dever.

2.2. Autoria mediata

São vários os argumentos nos quais se apoia a doutrina para negar a possibilidade de autoria mediata em comissão por omissão. Assim, a figura da autoria mediata resulta incompatível com a construção da autoria em comissão por omissão exclusivamente com base na infração de um dever de agir. Isso porque, de fato, se nos delitos de infração de dever o domínio do fato não é critério determinante, tampouco servirá como pauta para afirmar a autoria mediata e, com isso, não é possível estabelecer uma vinculação – com base no critério do domínio do fato – entre o homem de trás e o da frente³⁷. Desde o ponto de vista da teoria do delito de infração de dever, em que um omitente é autor mediato quando o instrumento realiza um ato positivo, como ressalta Bacigalupo Zapater, é absolutamente impossível, uma vez que a omissão e o domínio do fato não podem coexistir³⁸.

Se, pelo contrário, se admite que a autoria em comissão por omissão também necessite da constatação de um domínio material e positivo do fato – de um controle do acontecimento típico por parte do omitente – não há nenhum obstáculo, em princípio, para compatibilizar o domínio funcional do fato, que supõe a autoria mediata, com o domínio que se exerce através da omissão. Desde este ponto de vista, um setor da doutrina espanhola vem admitindo a possibilidade da autoria mediata quando alguém, infringindo seu dever de garante, não impede a ação delitiva do instrumento³⁹.

Certo que o não impedir – estando obrigado a isso – que outrem cometa um delito não significa a atribuição do resultado ao omitente a título de autor direto. Para isso, como já se teve a ocasião de analisar, se requer algo mais que um mero domínio negativo do fato: é preciso que o omitente tenha em suas mãos o risco, isto é, que ele seja o dono ou senhor do processo lesivo. Agora, na medida em que a autoria mediata é, antes de tudo, uma forma de autoria, o autor mediato deve exercer também – assim como o autor direto – um domínio positivo do fato. A única diferença entre o autor mediato e o imediato radica, pois, na forma de exercer o domínio: domínio da ação (ou omissão) no primeiro caso, e domínio da vontade do instrumento no segundo. Se o domínio negativo não é suficiente para afirmar a autoria mediata em comissão por omissão, que em todo caso requer o exercício de um controle positivo sobre o fato típico, impõe-se a questão acerca de como se pode distinguir entre a autoria direta e a autoria mediata.

A figura da autoria mediata se constrói para resolver as hipóteses nas quais alguém se serve de um instrumento para a realização do fato delitivo. Nestes casos se produz uma cisão entre quem «realiza formalmente os atos executórios» (autor imediato), e quem domina positivamente o acontecimento através do domínio sobre a vontade do instrumento (autor mediato). Nas hipóteses de omissão «idênticas» à comissão, o resultado é imputável ao omitente a título de autoria (direta) não por ter realizado – no sentido formal – atos executórios, senão porque através de sua omissão cria um risco estruturalmente idêntico ao

³⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 207.

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, cit., p. 144.

³⁹ Assim MAURACH, R., *Derecho Penal. Parte General*, 2. Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 327; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 379; e HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996, p. 316.

que se cria mediante a realização ativa dos atos executórios. A afirmação da autoria direta em comissão por omissão se sustenta, pois, no controle ou domínio do processo lesivo principal, e isso independentemente de que este acontecimento se baseie nas forças da natureza ou em uma conduta humana⁴⁰.

Pense-se, assim, no caso de A, que, após colocar uma substância venenosa – que facilmente pode ser confundida com água – em um vaso e deixá-lo sobre a mesa sem indicação alguma, observa como B, acreditando se tratar de água, utiliza a substância do vaso para preparar a comida que C vai comer, e o qual morre em consequência da ingestão do veneno. Se A coloca o veneno justamente para que B o utilize da forma que o faz e mate C, não há inconveniente algum em afirmar a autoria mediata de A, porém, comissiva e não em comissão por omissão. Se, pelo contrário, o dolo surge ao observar como B se dispõe a utilizar a substância do vaso (dolo *subsequens*), a omissão de A fundamenta uma autoria direta, pois ostenta diretamente (e não através do instrumento) um domínio sobre o risco penalmente relevante.

Entendo, pois, que em consequência do que foi dito até agora se terá que negar a possibilidade de admitir autoria mediata em comissão por omissão. Mas não por uma questão de incompatibilidade ou impossibilidade dogmática, senão por uma questão eminentemente prática: o não impedimento, pelo garante, que um terceiro cometa um delito constituirá autoria – em todo caso, imediata – quando o sujeito tiver se comprometido a evitar o risco que da atuação de um terceiro possa resultar para o bem jurídico em questão. Quando, ao contrário, o omitente não tiver se comprometido – ou seu compromisso não se refira às ações de terceiros⁴¹ – sua intervenção, ao faltar o domínio sobre o fato lesivo principal, poderá constituir participação, porém, de modo algum autoria, nem mediata nem imediata.

3. A participação omissiva

Neste ponto a questão se centra em determinar se a omissão do garante é sempre constitutiva de autoria, ou se, ao contrário, pode dar lugar à apreciação de alguma das formas de participação que o Código Penal prevê; isto é, indução (o que determina quem tem o domínio do fato a cometer um delito), cooperadores necessários e cúmplices.

3.1. A exclusão da indução omissiva

Independentemente da solução a que se chegue com relação às demais formas de participação, a doutrina – salvo raras exceções⁴² – nega a possibilidade de admitir a indução

⁴⁰ Por todos ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 511.

⁴¹ Isso deve ocorrer quando, como veremos posteriormente, o sujeito se compromete não a conter os riscos que possam surgir para um bem jurídico, entres eles os procedentes de terceiros; senão a evitar os riscos que, em geral, possam advir de uma fonte de perigo que o omitente se compromete a controlar.

⁴² RUDOLPHI (in Rudolphi/Horns/Samson/Günther, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (6ª ed), Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 1995, Rn 42, anteriores ao parágrafo 13), por exemplo, admite que existe indução em comissão por omissão quando o garante não impede que outro sujeito induza ativamente. Seguindo esta posição JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 1029-1030; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 213. Admitem também a indução omissiva, ainda que com importantes reservas, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2ª ed), Tübinga, 1984, 13/10; e VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, p. 288 e ss.

omissiva⁴³. A indução, como ressalta Quintero Olivares⁴⁴, de acordo com um critério doutrinário e jurisprudencial consolidado, consiste em determinar consciente e intencionalmente outra pessoa a cometer um delito, porém, sem participar em sua execução. Assim mesmo, da redação do próprio art. 28 do CP se deduz a necessidade de que a determinação seja «direta».

Pois bem, a omissão – enquanto comportamento passivo – dificilmente pode determinar de forma direta o cometimento de um delito. Assim, exemplos como o proposto por Vogel, do pai que, após ter sido informado pelo filho de sua intenção de queimar a propriedade no caso de o pai não manter a caderneta de poupança, deixa a caderneta como estava, apesar de sempre sacá-la⁴⁵, não são válidos para afirmar a instigação omissiva: se o pai é garantidor frente às atuações do filho ou da manutenção da poupança será autor em comissão por omissão, enquanto que se não ostentar uma posição especial de garantia não existirá responsabilidade penal. Neste caso, e diferentemente das verdadeiras hipóteses de instigação, a omissão do pai não faz surgir no filho a vontade delitiva; este já havia resolvido delinquir condicionando sua execução à interposição por parte do pai de uma condição impeditiva.

3.2. A participação omissiva (cooperação necessária e cumplicidade)

O primeiro grupo de casos que se procura utilizar em relação à participação omissiva é o relativo à qualificação da omissão do garantidor quando um terceiro realiza ativamente o fato. Já foi visto como a admissibilidade e, neste caso, o alcance concreto da participação omissiva neste primeiro grupo de casos depende, em grande escala, de qual seja o fundamento da equiparação entre a omissão e a comissão ativa.

Assim, aqueles que consideram que os delitos de comissão por omissão são delitos de infração de dever – ou, pelo menos, dão primazia à posição de garantidor frente a qualquer outro critério – afirmam a autoria do omitente sempre que o tipo penal em questão puder ser realizado por omissão. Para aqueles que, ao contrário, partem de uma aplicação rigorosa da teoria do domínio do fato, o omitente – ao ter apenas um domínio potencial e negativo do fato – frente ao autor comissivo – o qual ostenta um domínio positivo e atual – é um mero partícipe.⁴⁶

Em terceiro lugar, para aqueles que, na linha traçada por Kaufmann, admitem uma diferenciação nas situações de garantia, o omitente responderá em termos gerais como autor quando o garantidor responder a uma relação especial relativa à existência do bem jurídico defendido (função de proteção). Haverá participação omissiva, no entanto, quando o

⁴³ Contra a indução omissiva veja amplamente GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 200 e ss.

⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral», in Díez Ripollés/Romeo Casabona/ Gracia Martín/Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 921.

⁴⁵ VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, cit., p. 290.

⁴⁶ Segunda esta concepção, o domínio do fato passa ao omitente unicamente quando o atuante deixa de dominar o fato: neste caso seu domínio passaria de potencial a fático e, por conseguinte, permitiria afirmar a autoria do omitente. Veja a respeito JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Granada, Comares, 2003, p. 635.

garantidor, que deve impedir a desestabilização de um foco de perigo ou o ataque delitivo de terceiros, possibilitar a lesão pelo autor (função de controle)⁴⁷.

Desde o ponto de vista da tese que se fixa na identidade estrutural entre omissão e comissão como critério de equivalência, é possível, todavia, uma última solução para este primeiro grupo de casos. Em consonância com os pressupostos dos quais se parte, o omitente garantidor será autor quando sua conduta equivalha à autoria por comissão – isto é, quando mediante a omissão se crie ou aumente o risco penalmente relevante – e será partícipe por omissão quando a omissão equivalha exatamente à participação ativa – se simplesmente favorecer a criação ou o aumento de um risco alheio⁴⁸.

Agora, se se quiser ser consequente com o que significa a exigência de identidade estrutural, o critério de equivalência não pode nos levar a graduar a responsabilidade do garantidor em função da relação de causalidade hipotética que se dê em cada caso. Assim, por exemplo, na Espanha, o Tribunal Supremo afirmou indistintamente a existência de autoria ou cooperação necessária em comissão por omissão «quando se pode formular um juízo de certeza, ou de probabilidade próximo à certeza, sobre a eficácia que teria tido a ação omitida para evitar do resultado»⁴⁹. Comissão por omissão em grau de cumplicidade ou de cooperação não necessária existirá, por sua vez, quando o mesmo juízo assegurar que a ação omitida teria dificultado de forma sensível a produção do resultado, o que equivaleria dizer que a omissão tem facilitado a produção do resultado em uma medida que se possa considerar apreciável⁵⁰.

Efetivamente, se se pretende afirmar a equivalência a partir do critério da «causalidade hipotética», então deve ser decisivo para a autoria que a ação esperada tivesse evitado o

⁴⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., München, 1991, Rn. 105 e ss., anterior ao parágrafo 25. Em termos semelhantes, SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 377. Com conclusões parecidas, ainda que tomando como ponto de partida o conceito negativo de ação, chega HERZBERG, R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1974, p. 260.

⁴⁸ Nesse sentido se pronuncia SILVA SÁNCHEZ («Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», cit., p. 389) ao afirmar a participação de um sujeito em comissão por omissão naqueles casos em que «la identidad estructural no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial, sino con el tipo del partícipe...». Expressamente em termos semelhantes LUZÓN PEÑA, D., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», cit., p. 235; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?... », *Poder Judicial* (24), 1991, p. 208.

⁴⁹ Da qualificação de cooperação necessária a doutrina tem tentado extrair que o Tribunal Supremo aderiu às conclusões da tese do domínio do fato, segundo a qual sempre que haja um terceiro atuante o omitente será partícipe. O certo, no entanto, é que o Tribunal Supremo espanhol alude à cooperação necessária como uma forma de autoria e não como uma forma de participação, utilizando indistintamente os termos autoria e cooperação necessária. Ilustrativa a respeito a STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 5903/1991, de 31 de outubro, Prolator: Exmo. Sr. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, na qual se considera que «tal actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de lesiones (...) en la categoría de cooperadora necesaria...». Em sentido semelhante, a STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 283/2010, de 26 de março, Prolator: Exmo. Sr. SÁNCHEZ MELGAR.

⁵⁰ STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 7196/2000, de 9 de outubro, Prolator: Exmo. Sr. JIMENEZ VILLAREJO. Veja a STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 42/1998, de 12 de janeiro, Prolator: Exmo. Sr. GRANADOS PÉREZ, na qual expressamente se mantém a possibilidade, por parte do garante, de dificultar a produção do resultado, «permite afirmar la causalidad hipotética en que se asienta la complicidad».

resultado⁵¹. Do mesmo modo, se na cumplicidade ativa se parte da criação de um risco de lesão mediata ao bem jurídico, então deve ser decisivo para a cumplicidade omissiva a possibilidade de o garantidor diminuir este risco de lesão⁵². Por consequência, se se demonstra que a omissão só podia dificultar a ação, e em nenhum caso impedi-la, então, ainda que o sujeito seja garantidor, não responderia como autor, senão como partícipe⁵³. Portilla Contreras qualifica a opção contrária como injusta, por não graduar a participação do autor no fato⁵⁴.

Na minha opinião, esta construção da autoria e da participação em comissão por omissão corresponde, no entanto, a um vício de estabelecimento. Isso porque nem a «não evitação do resultado pelo garantidor», em qualquer caso, é comissão por omissão, nem o critério da causalidade hipotética desempenha função alguma no juízo de equivalência⁵⁵. Ademais, passa por alto que a identidade necessária para aplicar ao delito em comissão por omissão a mesma pena do delito comissivo ativo, como se verá mais adiante, refere-se ao autor, pelo que dificilmente se poderá graduar sua responsabilidade em função de qual tenha sido sua contribuição ao fato.

O critério da equivalência é utilizado também por Gimbernat Ordeig para afirmar a participação em comissão por omissão – e não autoria – quando o garantidor não evita o cometimento do delito por um terceiro. A intervenção ativa de um terceiro, a seu juízo, impede afirmar que a própria omissão cria o perigo de lesão para o bem jurídico, e, por consequência, a autoria em comissão por omissão⁵⁶. De modo similar se pronuncia Luzón Peña, exigindo, ademais, para que a passividade do omitente seja algo mais do que pura omissão e constitua participação omissiva, que com a não evitação ou o não impedimento do delito se ajude ou facilite o autor na realização do tipo⁵⁷.

Com efeito, e na medida em que o juízo de identidade estrutural se projeta sobre a realização do tipo pelo autor⁵⁸, a omissão estrutural idêntica (comissão por omissão) à

⁵¹ Com esta posição, a STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 5229/2000, de 26 de junho, Prolator: Exmo. Sr. SÁNCHEZ MELGAR, chega à conclusão de que «*el conocimiento y pasividad (de la madre)...la convierte, a la luz de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en autora por comisión por omisión, dada su posición de garante*».

⁵² Veja LÓPEZ PEREGRIN, M.C., *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 345, nota 205.

⁵³ Assim, na STS (Sala Penal, 1ª Seção), nº 3523/1991, de 22 de junho, Prolator: Exmo. Sr. ROMÁN PUERTA, condena-se o pai como autor de um delito de lesões em comissão por omissão, pois «*no cabe imaginar que la esperada (por obligada) acción protectora del padre no hubiera podido evitar tal resultado...Considerada en la forma expuesta, la conducta del procesado no cabe valorarla –desde el punto de vista de la causación del resultado– como meramente favorecedora del mismo, sino como condición necesaria... No puede hablarse pues, en modo alguno, de mera complicidad*».

⁵⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., «La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad», AAVV, *Homenaje a Torío*, Granada, Comares, 1990, p. 463.

⁵⁵ Veja RODRÍGUEZ MESA, M.J., «La atribución de responsabilidad en comisión por omisión», cit., p. 148 e 149.

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Recensión del libro «Delitos improprios de omisión de E. Bacigalupo», ADPCP, 1970, p. 726.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», cit., p. 244. Com termos semelhantes DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...» cit., p. 210.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...» cit., p. 209.

realização comissiva do tipo da Parte Especial é uma omissão no conceito de autor⁵⁹. Consequentemente, e como fazem Gimbernat Ordeig e Luzón Peña, terá que excluir a autoria em comissão por omissão – admitindo em seu caso uma hipótese de participação omissiva – quando não se puder afirmar que o risco foi criado penalmente (normativamente) por meio da omissão.

O que já não está tão claro, no entanto, é que a criação do risco através da omissão dependa, de algum modo, de que um terceiro atuante intervenha ou não. Dificilmente se pode afirmar que o pai que dolosamente permite que seu filho pequeno se lance ao rio seja autor, porque com sua omissão criou o perigo para o bem jurídico, e, ao mesmo tempo, negar que a omissão criou o perigo quando o pai dolosamente permite que um terceiro lance seu filho ao rio. Ou a omissão cria o risco em ambos os casos, ou não cria em nenhum; inadmissível é manter uma postura diferenciadora.

Se se aceita como ponto de partida que o critério de equivalência – relativo ao autor e não ao partícipe – se dá pelo compromisso do garantidor de atuar como uma barreira de contenção frente aos riscos concretos que ameaçam ou podem ameaçar a um bem jurídico, a realização «desse» risco no resultado imputável à vulneração do compromisso dará lugar, como regra, a uma responsabilidade a título de autor. O omitente não responde nestes casos por sua intervenção em um risco alheio, senão pelo risco normativamente criado com sua omissão; e é nesse sentido que sua contribuição ao fato se torna uma contribuição de autor e não de partícipe⁶⁰.

3.3. A responsabilidade do garantidor como partícipe

O fato de que o omitente (em comissão por omissão) responda na maioria dos casos como autor não exclui, no entanto, a possibilidade de admitir hipóteses nas quais a responsabilidade do omitente seja a título de participação. São hipóteses nas quais, apesar de que se produza a vulneração do compromisso do garantidor que permite afirmar a identidade estrutural entre a omissão e a comissão, aquele – em sentido contrário à regra geral – não responde como autor, mas sim como partícipe. Isso ocorre, em primeiro lugar, quando o compromisso do garantidor esteja relacionado à contenção do risco derivado de um partícipe no fato alheio. Também responderá como partícipe quando, embora preenchidos os elementos exigidos pelo tipo penal, o garantidor não tiver acesso à autoria.

3.3.1. A realização de uma contribuição de partícipe

A imputação do resultado a título de autoria exige, entre outros requisitos, que o domínio ou controle do sujeito seja exercido sobre o risco que se realiza direta ou

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», cit., p. 388.

⁶⁰ Como se verá mais adiante, o omitente garante que assume o risco intervém como autor em comissão por omissão em um fato próprio, e como partícipe por omissão no fato alheio; absorvendo a autoria omissiva à participação omissiva.

imediatamente no resultado⁶¹. Quando o controle se referir a outros riscos que contribuam para que o resultado se realize, somente se pode exigir responsabilidade a título de partícipe.

Dado que nos delitos de comissão por omissão o domínio ou controle do acontecimento se expresse através do compromisso do garantidor, este só poderá responder como autor quando seu compromisso se referir à contenção do risco principal, do risco que se realiza no resultado. Quando, ao contrário, seu compromisso se referir à neutralização de um risco que somente de modo indireto ou meditado se realize no resultado, responderá como partícipe⁶². E isso porque, enquanto no primeiro caso a omissão mostra identidade estrutural com a conduta ativa de autoria (domínio do risco que se realize no resultado), no segundo, a identidade se dá com condutas de participação (favorecer ou facilitar o risco alheio por meio de uma contribuição para os fatos)⁶³. Em tais hipóteses o omitente responderá como cooperador necessário ou não necessário em função da essencialidade do risco que havia se comprometido a conter para a realização do fato alheio⁶⁴.

A esta postura se tem objetado que não admite a autoria mediata⁶⁵. E, com efeito, na medida em que se qualifica de partícipe quem, tendo se comprometido a fazê-lo, não contém um terceiro que intervenha ativamente no delito, não se pode negar que esta construção responde à mesma estrutura que a autoria mediata. Não obstante, e ao contrário do que possa parecer, esta tese não impede a explicação da autoria mediata, que, em todo caso, ficaria excluída em comissão por omissão, porém, por outras razões distintas. E isso porque a possibilidade da autoria mediata continua em aberto, ao menos na teoria⁶⁶, para aquelas hipóteses nas quais o compromisso do omitente se refere à contenção do risco proveniente de um terceiro (alienado, menor, em situação de erro, etc.) que atua como executor material do fato típico.

⁶¹ Para a relação entre o domínio do fato e a imputação objetiva veja HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Imputación objetiva *versus* dominio del hecho», in Díez Ripollés/Romeo Casabona/ Gracia Martín/Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, cit., p. 735 e ss.

⁶² Veja RUDOLPHI, H.-J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn 42, anterior ao parágrafo 13; ROXIN, C., *Leipziger Kommentar*, (11ª ed), Berlin-New York, 1993, Rn 210, parágrafo 25; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», cit., p. 389-390; LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p. 347-348; e SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Delito de infracción de deber y participación delictiva», cit., p. 200-201.

⁶³ Em sentido similar, ainda que desde um pressuposto diverso, ROBLES PLANAS, R., «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión) », *In Dret*, 2/2012, p. 11.

⁶⁴ Será questão, como ressalta LUZÓN PEÑA («La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», cit., pág. 246), de aplicar o critério que se considere mais correto – mediante uma valoração *ex ante* ou *ex post*, a necessidade em abstrato ou em concreto, para o se e o quando ou também para o como dos fatos, ou mediante o critério dos bens escassos –, para determinar se dita contribuição é ou não decisiva para o autor e se, portanto, se considera cooperação necessária ou cumplicidade.

⁶⁵ Veja neste sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión»...cit., p. 210, nota 16.

⁶⁶ Na prática se tem visto como estas hipóteses terão de ser qualificadas de autoria imediata e direta.

3.3.2. A falta de acesso ao tipo

Além do controle do acontecimento típico, a autoria requer um primeiro componente de acesso ao tipo, em virtude do qual se pretende expressar de maneira geral quais são as diferentes vias admissíveis para declarar uma conduta, ou uma parte dela, que corresponda com a descrita no tipo⁶⁷. Neste sentido, ressalta Díez Ripollés que, como o dolo e os demais elementos subjetivos do injusto, a qualidade pessoal do sujeito ativo nos delitos especiais e na realização pessoal do tipo exigível nos delitos de mão própria, são elementos de acesso restrito que impedem afirmar a autoria de quem, tendo o controle do acontecimento típico, carece dele⁶⁸. Assim, e ainda que o garantidor possua, em virtude do compromisso assumido, o controle do acontecimento típico, se não possui as características especiais exigidas pelo tipo não pode responder como autor. Pelos mesmos motivos, tampouco é possível afirmar a autoria do garantidor quando o tipo penal em questão impede a forma omissiva⁶⁹: nesses casos a literalidade do preceito penal impede que o tipo em questão possa ocorrer em comissão por omissão⁷⁰.

Frente a estes casos, a doutrina majoritária na Espanha – em conformidade com o caráter secundário do conceito de participação – não tem inconveniente em afirmar a responsabilidade do garantidor como partícipe por omissão no fato realizado pelo terceiro atuante⁷¹. É que o garantidor que, tendo se comprometido a fazê-lo, não impede o risco para o bem jurídico, proveniente de terceiro, é, além de autor em comissão por omissão do fato próprio, partícipe por omissão no fato alheio⁷². O garantidor, além de ser autor de seu próprio fato, na medida em que com sua abstenção elimina o obstáculo que sua presença ou ação esperada supõe para o delinquente, pode-se dizer que facilita ou favorece o delito e, neste sentido, que intervém como partícipe por omissão no fato alheio.

Em condições de ocorrência normal do tipo a autoria omissiva absorve a participação omissiva. Porém, quando em razão da falta de ocorrência do tipo não é possível afirmar a autoria, a omissão do garantidor pode fundamentar a responsabilidade por participação omissiva. Nestes casos, ao existir um nível de controle do acontecimento típico equivalente ou muito próximo ao da autoria, pode-se dizer que, por meio de sua omissão o garantidor contribui para a realização do tipo com uma condição essencial, razão pela qual a qualificação correta em todas estas hipóteses em que a única coisa que falta é a ocorrência imediata do tipo – mas não o controle do acontecimento – é a de cooperação necessária por omissão⁷³.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor...», cit., p. 34.

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor...», cit., p. 50.

⁶⁹ Como adverte DÍEZ RIPOLLÉS («Una interpretación provisional del concepto de autor...», cit., p. 38), «en los tipos que se detienen en la descripción de los elementos de la acción en sus medios comisivos, el aspecto de acceso tenderá a obtener un papel preponderante...».

⁷⁰ Neste sentido ressalta a 2ª Seção da AP de Barcelona (sentença 156/1998, de 20 de fevereiro), não ser factível no fato ajuizado (a não denúncia por parte da mãe das agressões das quais era objeto seu filho pequeno por parte de seu companheiro sentimental) conjugar os verbos típicos na presença do fato omissivo que trata de subsumir-se nele, não se poderá afirmar que a não evitação do resultado foi equivalente a sua causação.

⁷¹ Expressamente contra esta possibilidade SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Delito de infracción de deber y participación delictiva», cit., p. 199-200.

⁷² Veja a respeito ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 517-518.

⁷³ Veja a respeito DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor...», cit., p. 37.

3.4. A participação do não garantidor

Pelas razões já expostas, devem ser rechaçadas todas aquelas posições que identificam a comissão por omissão com a «não evitação do resultado pelo garantidor». Desde o ponto de vista que aqui se vem defendendo, e do mesmo modo que a «não evitação do resultado pelo garantidor» não é suficiente para fundamentar uma hipótese de autoria em comissão por omissão, tampouco pode sê-lo para fundamento uma hipótese de participação.

Tal como adverte Luzón Peña, para que a passividade seja algo mais do que a pura omissão e constitua participação omissiva, é preciso que equivalha exatamente à participação ativa. Assim, pois, a não evitação ou o não impedimento do delito só constituirá cooperação necessária ou não (cumplicidade) para o delito, se ajudar ou facilitar a realização do tipo pelo autor⁷⁴. Tal afirmação estabelece, por sua vez, duas questões: em primeiro lugar, se a participação omissiva exige, assim como a autoria, que o omitente se encontre em posição de garantidor; e, em segundo lugar, quando se pode dizer que a omissão mesma favorece ou facilita o fato alheio.

A doutrina espanhola se encontra dividida na resposta à primeira das questões estabelecidas. Assim, para um setor majoritário da doutrina espanhola – e também para o Tribunal Supremo – a linha que diferencia entre a participação omissiva e a omissão pura é traçada pela posição de garantidor do omitente. No entanto, outra parte da doutrina – por certo, minoritária – admite a responsabilidade pela omissão de qualquer sujeito que favoreça ou facilite o fato delitivo alheio⁷⁵.

Na minha opinião, e no sentido da segunda das posições doutrinárias apontadas, não existe nenhuma razão legal, dogmática, nem prática para excluir o não-garantidor do âmbito da participação omissiva. Por um lado, não se pode ignorar que a infração de dever do garantidor, que se requer na comissão por omissão, tem que se referir ao autor, que é a quem se refere o tipo comissivo da Parte Especial que se pretende imputar na comissão por omissão; e, por consequência, não se estende ao partícipe.

Por outro lado, a atividade do partícipe não tem necessariamente por que ser causal em relação ao resultado do fato principal, sendo suficiente que a conduta tenha favorecido ou facilitado de algum modo a ação do autor⁷⁶. Portanto, e diferentemente do que ocorre nas hipóteses de autoria, a afirmação da participação omissiva não precisa – ao menos, necessariamente – do equivalente funcional da causalidade ativa que supõe a posição de

⁷⁴ LUZÓN PEÑA, D.M., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», cit., p. 244. Exige também um favorecimento positivo do fato ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 525.

⁷⁵ Veja expressamente ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 525 e ss; CÓRDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de Derecho penal de R. Maurach*, T. II, Barcelona, 1962; CERESO MIR, J., «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal, in Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 244; OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, Ed. R. Castellanos, 1986, p. 590; LUZÓN PEÑA, D., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», cit., p. 244.

⁷⁶ Na doutrina espanhola adotam expressamente esta posição, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 172; CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, p. 890; GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, p. 515; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 688; e MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 392.

garantidor. Desde esta perspectiva ficam superados os inconvenientes dogmáticos para ampliar a participação omissiva às contribuições do «não garantidor».

Por último, e desde um ponto de vista exclusivamente prático, se tem criticado a solução que aqui se propõe, no sentido de que conduziria a resultados tão injustos quanto se pretendesse punir como autor de homicídio qualquer um que não evitasse uma morte⁷⁷. Isso porque se se admite como participação (cooperação necessária ou não necessária) a omissão em dificultar a realização do delito, faz-se necessário recorrer à posição de garantidor para evitar uma ampliação excessiva do âmbito da participação omissiva. Esta construção deve ser, no entanto, rechaçada, pois omitir dificultar o fato – nem sequer pelo garantidor – não equivale de modo algum a facilitá-lo ativamente⁷⁸. E, em qualquer caso, adverte Roxin, quando falta a possibilidade de evitar o resultado – ficando a mera possibilidade de dificultá-lo – o direito não tem motivos para exigir uma intervenção inútil⁷⁹.

E isto nos leva diretamente à segunda das questões estabelecidas, a de quando afirmar que a omissão facilita ou favorece o fato delitivo alheio. A participação, como ressalta Luzón Peña, consiste em facilitar para o autor o cometimento do delito, seja por meio da entrega de um bem, da realização de uma atividade ou da remoção de um obstáculo. Na participação omissiva o omitente, ao facilitar ou eliminar obstáculos para a ação do autor, contribui com o aumento do perigo da realização da lesão.

A eliminação ou remoção de obstáculos, como forma de favorecimento, não deve ser confundida com a «não colocação de obstáculos» para o cometimento de um delito⁸⁰: isto, como regra, dará lugar a uma hipótese de autoria em comissão por omissão quando o omitente tiver se comprometido frente ao risco que podia prever para o bem jurídico a partir da atuação delitiva de um terceiro; e a um delito de omissão pura – em seu caso – (art. 108 CP) nas demais hipóteses. Assim, no exemplo do vizinho, proposto por Roxin: se o vizinho não era acostumado a fechar a porta com chave e esta noite, ainda que soubesse que com isso facilitaria o cometimento do delito, tampouco o fez, não se pode dizer que com sua omissão tenha facilitado ou removido obstáculos para o cometimento do delito: o que fez com sua omissão foi não interpor obstáculos ao delito, o qual é insuficiente – ao menos no caso do não garantidor – para fundamentar uma participação omissiva. Diferente é a situação se, como expõe Roxin em seu exemplo, era costume do vizinho fechar a porta com chave: neste caso, a inatividade aparece sim como facilitação e favorecimento positivo do fato delitivo, pois o sujeito, em consideração ao delito planejado, omite uma ação, que estava disposto a afastar de toda prática delitiva e que teria impedido ou dificultado (*ex ante*) objetivamente o cometimento do fato⁸¹.

⁷⁷ Veja LÓPEZ PEREGRIN, M.C., *La complicidad en el delito*, cit., p. 339.

⁷⁸ Veja a respeito ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 529; LUZÓN PEÑA, D., «*La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*», cit., p. 245. Em termos parecidos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «*Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...*», cit., p. 210.

⁷⁹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 529.

⁸⁰ Veja DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «*Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...*», cit., p. 210.

⁸¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 527.

Desde este ponto de vista, e ainda que tenha que reconhecer que na maioria das ocasiões o omitente partícipe venha a ser, por sua vez, garantidor, não existem argumentos decisivos que excluam, *a priori*, a possibilidade de apreciar a participação omissiva do não garantidor.

